

//tencia No. 275

MINISTRO REDACTOR:

DOCTOR TABARÉ SOSA AGUIRRE

Montevideo, diecisiete de setiembre de dos mil veinte

VISTOS:

Para Sentencia Definitiva esta causa caratulada: **"AA - VIOLENCIA PRIVADA AGRAVADA - JUICIO ORAL - CASACIÓN PENAL"**, IUE: **498-3/2019**, venido a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por el Sr. Fiscal de Montevideo Especializado en Flagrancia de Segundo Turno, Dr. Carlos Negro, contra la Sentencia Definitiva No. 207/2019, de fecha 17 de julio de 2019, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno.

RESULTANDO:

I.- Por Sentencia Definitiva de Segunda Instancia No. 207/2019, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 4to. Turno [Charles (r), Cal y Tapie] falló: *<<Revócasela sentencia de primera instancia, declarándose en su mérito la absolución de AA. Téngase por definitiva su libertad y clausuradas las actuaciones a su respecto (...)>>* (fs. 279/283).

A su vez, el pronunciamiento anterior, emanado del Juzgado Letrado en lo Penal de 44to. Turno, [Dra. Diovanet Olivera] por Sentencia No. 245/2018 de fecha 26 de octubre de 2018, había fallado: *<<Condenando a BB y a AA, como autores*

penalmente responsables de un DELITO DE VIOLENCIA PRIVADA ESPECIALMENTE AGRAVADO, a la pena de DOCE (12) MESES DE PRISIÓN, con descuento de la detención cumplida, siendo de su cargo la obligación de pagar al Estado los gastos de alimentación, vestido y alojamiento conforme al art. 105 literal e) del Código penal; pena que se sustituye por régimen de libertad vigilada con plazo de intervención igual al que reste cumplir de aplicarse efectivamente la pena que se sustituye. Se impone las condiciones previstas en el artículo 9 de la Ley 19.446 literales A), B) y D) y las siguientes: 1) residir en un lugar determinado donde sea posible la supervisión por OSLA, 2) sujeción a la orientación y vigilancia de la mencionada oficina, y 3) concurrir una vez por semana a la seccional policial de su domicilio, 4) la prohibición de acercamiento al Club Welcome en un radio de exclusión de 500 metros y 5) la obligación de someterse a un tratamiento específico de rehabilitación a personas con problemas de violencia. Cométese a OSLA la presentación en plazo de 45 días del plan de intervención correspondiente (...)» (fs. 110/125).

II.- En tiempo y forma, el Sr. Fiscal, interpuso recurso de casación contra la referida sentencia dictada por el <<ad quem>> y adujo los siguientes cuestionamientos (fs. 287/301):

a) La Sala, al omitir considerar el principal medio de prueba allegado a la causa -las filmaciones de las cámaras de seguridad del Club Welcome-, incurrió en una valoración de la prueba contraria a las reglas de la sana crítica.

Señaló que el <<ad quem>>, en contra de lo que se aprecia en la filmación, afirmó que el episodio de autos consistió en un intercambio de palabras, empujones, desafíos y provocaciones, <<[t]ambién hubo golpes de puño y puntapiés, llegándose a romper los vidrios de la puerta principal>>. Por tanto entendió que la conclusión respecto a cómo se desarrollaron los hechos minimiza lo acontecido y no se corresponde con lo que surge de las imágenes que se aprecian en lo filmado. En el video surge acreditado que AA y BB provocaron, agredieron, amenazaron y golpearon a las personas que se encontraban en la puerta del club Welcome, obligando a algunas de ellas, como el testigo CC, a ingresar a la sede de esa institución.

Agregó que resulta llamativa la conclusión de la Sala en relación al daño de la puerta de acceso al club, lo cual también se minimiza: los vidrios más que <<llegarse a romper>> fueron rotos, dañados por las patadas propinadas por Picardi. En resumen, expresó que lo que surge claramente de la filmación es un ataque violento de BB y AA contra

personas que ni siquiera intentaron defenderse.

b) El Tribunal, al considerar que no puede imputarse el delito de violencia privada por no haber sujetos pasivos del delito, incurrió en un error de calificación jurídica. Tal como se aprecia en la filmación, hubo sujetos pasivos de la conducta desplegada por los imputados; en tal sentido, fueron víctimas del delito tanto los testigos identificados y propuestos (aunque no comparecientes), como el propio CC (quien prestó declaración ante la Juez <<a quo>>, en la pista No. 5, minuto 16:11 a la pregunta de por qué huyó hacia el club, contestó: <<por miedo a que se me vengan encima, que se me caigan encima, que rompan la moto>>).

c) Agregó que aún en el erróneo entendido de que no se acreditó el supuesto de hecho del delito de violencia privada, debió la Sala imputar a AA el delito de daño especialmente agravado. La Fiscalía alegó oportunamente que descartó imputar tal delito (artículos 358 y 359 inciso segundo del Código Penal), por cuanto su imputación procede, únicamente, cuando el hecho no constituya un delito más grave. El daño surge acreditado en la filmación y su víctima compareció en juicio a través de la persona del Presidente del Club Welcome.

d) Por último, que al

haber revocado y absuelto a Britos no se expidió sobre el agravio expresado por la Fiscalía al apelar, relativo a la errónea modalidad de cumplimiento de la condena dispuesta en primera instancia (sustitución de la prisión efectiva por libertad vigilada).

En el caso, dado que AA fue procesado anteriormente por un delito -sin que surja condena a la fecha de esta causa- cabe considerarlo reiterante, lo que impedía sustituir la pena por el mecanismo de la libertad vigilada. En tal sentido, dijo que según su criterio corresponde diferenciar los estándares que según el C.P.P. (artículo 227.2) regulan la medida cautelar de la prisión preventiva (derecho penal adjetivo) de los que la ley fija para restringir el alcance del instituto de la libertad vigilada (artículo 316 del C.P.P. y Ley No. 19.446), el cual regula una modalidad de cumplimiento de la pena (derecho penal sustantivo). En el caso de la regulación de la prisión preventiva, la formulación legal difiere de la de la libertad vigilada o vigilada intensiva. Mientras que en el primer caso se considera que existe riesgo para la sociedad cuando el imputado posea o detente ya la calidad de reiterante o reinci-dente (a la fecha de la comisión del delito que se juzga en la oportunidad), para el segundo caso no aplica la pena alternativa libertad vigilada en los casos de reincidencia o

reiteración.

e) En definitiva, solicitó que se anulara la recurrida y que, en su lugar, se revocara la sentencia de segunda instancia y se condenara a AA como autor de un delito de violencia privada especialmente agravado o, en su defecto, como co-autor de un delito de daño especialmente agravado, a la pena de 12 meses de prisión. Y en ambos casos, se disponga un régimen de cumplimiento efectivo de la pena.

III.- Por Providencia No. 475/2019, de fecha 27 de agosto de 2019 (fs. 302), se confirió traslado del recurso a la defensa de particular confianza (a cargo del Dr. Sebastián Puppo), quien no evacuó el mismo.

IV.- Por Decreto No. 521/2019, de fecha 18 de setiembre de 2019, se elevaron los autos a la Suprema Corte de Justicia con las formalidades de estilo.

La causa fue recibida en esta Corporación el día 23 de setiembre de 2019 (nota de cargo de fs. 306).

V.- Los autos pasaron en vista al Sr. Fiscal de Corte quien, en su dictamen, concluyó que corresponde hacer lugar al recurso movilizado (Dictamen No. 00013 de 20 de febrero de 2020, que obra a fs. 329/334).

VI.- Por Decreto No. 188 de fecha 27 de febrero de 2020 (fs. 336), se dispuso el pasaje de los autos a estudio para sentencia, acordándose luego ésta en legal forma.

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por unanimidad, acogerá el recurso de casación interpuesto y en su mérito anulará la recurrida. En su lugar, con el concurso de voluntades de los Señores Ministros Dres. Turell, Martínez y el redactor, condenará a AA como autor penalmente responsable de un delito de violencia privada especialmente agravado a la pena de doce meses de prisión con descuento de la detención cumplida, siendo de su cargo la obligación de pagar al Estado los gastos de alimentación, vestido y alojamiento conforme al artículo 105 literal e) del Código Penal.

Por su parte, los Señores Ministros Dres. Tosi y Minvielle, sin perjuicio de compartir la tipificación y guarismo punitivo, extenderán las respectivas discordias por entender que el encausado deberá cumplir la pena bajo la modalidad de libertad vigilada en los términos descriptos por la Señora Juez <<a quo>>.

II.- Cabe observar en primer lugar que en la presente causa se tramita un proceso

penal ordinario de conocimiento regulado por el Código del Proceso Penal vigente a partir del 1° de noviembre de 2017, Ley No. 19.293.

(i) Inicialmente se diligenció bajo la IUE 573-1261/2018 respecto de dos co-encausados, Sres. BB y AA; en el curso de la segunda instancia la Defensa de BB interpuso excepción de inconstitucionalidad, lo que determinó la suspensión de las actuaciones en relación a ese co-imputado (artículo 514 del C.G.P.), (fs. 272); consecuentemente, el TAP 4° dispuso la confección del testimonio que dio origen al presente expediente, IUE 498-3/2019, a los efectos de tramitar el proceso en relación a AA (fs. 272).

(ii) En la acusación, la Fiscalía expresó: *<<El día 5 de abril de 2018, próximo a la hora 22.00 los imputados AA y BB, ambos parciales del Club Nacional de Football, a la salida del encuentro de basket jugado en el Palacio Peñarol del club para cumplir tareas de seguridad entre los equipos Nacional y Welcome, se dirigieron en el automóvil propiedad de BB rumbo a las inmediaciones de la sede del club Welcome sito en la calle Frugoni esquina Lauro Müller. Ambos individuos aguardaban la finalización del partido en las inmediaciones del escenario por encontrarse impedido de ingresar a espectáculos deportivos en virtud de encontrarse mencionados en las*

listas de inhabilitados de la Asociación Uruguaya de Football, las que a su vez son aportadas a la Federación Uruguaya de Basketball (FUBB) (...) Al culminar el encuentro se dirigieron rumbo a la sede del Club Welcome, haciéndolo a bordo de un coche propiedad de Picardi. Una vez en las inmediaciones del lugar, AA sale a pie hacia la puerta de la sede, lugar donde se encontraban varios adherentes al club Welcome. Allí comienzan los intercambios de palabras para luego AA arremeter a empujones con desafíos y provocaciones hacia los hinchas locales, quienes en ningún momento siquiera intentaron repeler las agresiones del exaltado hincha. Finalmente entra en escena Picardi, que a corta distancia seguía a su compañero Britos quien al llegar a la puerta del club la emprende a golpes de puño y puntapiés contra las personas que allí se encontraban, haciendo un despliegue de violencia y ferocidad verdaderamente sobrecogedora. Así las filmaciones registradas por las cámaras del club Welcome y que permiten a la acusación establecer estos hechos, muestran a BB propinando una brutal patada en la cabeza a un parcial de Welcome que no ha podido ser identificado hasta la fecha. Así las cosas las personas ubicadas en la puerta de calle de la sede social, tanto las que salían de allí como los que se encontraban ya en las afueras. Se ven ineludiblemente obligadas a

ingresar al interior del club para salvaguardar su integridad física puesta en evidente peligro por dos personas entrenadas y preparadas para el ataque y la defensa en el marco de las acciones propias de las tristemente conocidas como barras bravas. Luego y tras lograr el propósito que las personas allegadas a Welcome ingresaron a la sede y permanecieron dentro, mediante golpes y puntapiés de ambos contra las puertas y vidrios de la puerta principal de ingreso al Club, intentan dañarla, lo que finalmente logran en virtud de una patada efectuada por BB. Finalmente se retira del lugar. Las autoridades del Club Welcome avaluaron los daños causados a la sede en la suma de \$4000>> (fs. 6-7).

(iii) Cumplidas con las formalidades de estilo y celebrado el juicio oral recayeron los pronunciamientos anteriormente reseñados.

III.- Al entender de la Corte el caso presenta algunas características que hacen particularmente útil destacar cuáles fueron los argumentos determinantes del fallo recurrido. Cabe tener presente que en el artículo 270 inciso segundo del C.G.P. -aplicable al recurso de casación penal en virtud de la remisión establecida en el artículo 369 del C.G.P.-, se establece que en la etapa de casación únicamente se tendrán en cuenta los errores de derecho

determinantes del fallo recurrido.

En tal sentido, el Tribunal, sobre los hechos de la causa, afirmó compartir los tenidos por probados en primera instancia <<con precisiones>>.

En efecto, indicó que la conducta desplegada por Britos se inscribió en <<un incidente que incluyó intercambio de palabras, empujones, desafíos y provocaciones. También hubo golpes de puño y puntapiés, llegándose a romper los vidrios de la puerta principal. La situación originada determinó que personas que se encontraban en la Sede e incluso las que iban saliendo retornaran a la misma y se mantuvieran a resguardo. Precisamente CC, empleado de la Institución que habiendo finalizado su horario laboral, se aprestaba a retirarse en su moto, pero ante los acontecimientos suscitados ingresó nuevamente a la Sede. Declaró (pistas 3 a 7) que lo hizo por precaución, para no verse involucrado en un hecho que no sabía porqué era y con el que no tenía nada que ver. Cuando se dispersó el tumulto, abandonó el lugar dirigiéndose en la moto hacia su casa. En el video no identificó a nadie y no recordó haber observado que le pegaran a alguna persona. Se trata del único testigo, pero vio poco habiendo manifestado '... yo me iba con mi moto, porque había terminado y me metí hacia

adentro, vi una pelea y que se me venían, vi gente retrocediendo hacia la puerta, hacia mí. No vi golpe preciso, claramente era una riña, pero no se...' (Pista 5).*Por otra parte, quienes habrían recibido las violencias y amenazas del imputado, para que ingresaran al Club, no declararon>>* (fs. 281-281 vto.).

En base a ello concluyó que la conducta de AA no encarta en el tipo penal previsto en el artículo 288 del Código Penal pues no se acreditó la existencia de sujeto pasivo del delito. En tal sentido, expresó: *<<En el caso que nos ocupa, lo que destaca es la ausencia de los verdaderos sujetos pasivos de la violencia y amenazas desarrolladas, que son las personas que resultaron obligadas a reingresar a la sede del club, mediante agresiones físicas y verbales. Tales personas no comparecieron en el proceso, a pesar de ser las víctimas. A su respecto el delito no surge probado, por lo que la teoría del caso no prosperó. Debemos tener en cuenta que en el delito de violencia privada la conducta se dirige conforme la norma legal, sobre 'alguno', lo que importa siempre la existencia de un sujeto determinado, individualizado. Sin embargo, en el caso de autos no existe ese sujeto pues las víctimas no comparecieron y el testigo Pablo Scarlatto no reviste tal calidad pues directamente no estuvo sometido a coacción que limitara su libre*

albedrío. Ingresó a la sede por precaución, la que estuvo vinculada con su moto>> (fs. 281 vto.-282).

IV.- A la luz de lo anterior, la Corporación entrará a examinar cada uno de los agravios esgrimidos.

En cuanto a la existencia de sujeto pasivo del delito, la Corte, por unanimidad, estima que el Tribunal incurrió en error de calificación o subsunción jurídica.

Ahora bien, en primer lugar, y tal como surge de lo transcrito al identificar el argumento determinante del fallo, debe tenerse presente en casación que la Sala tuvo por probado que la conducta de AA consistió en el ejercicio de violencia y amenazas sobre las personas que se encontraban en la vía pública sobre la entrada del club Welcome y que con esos medios típicos se los compelió a ingresar al club. Ello surge claramente cuando se afirmó: *<<En el caso que nos ocupa, lo que destaca es la ausencia de los verdaderos sujetos pasivos de la violencia y amenazas desarrolladas, que son las personas que resultaron obligadas a reingresar a la sede del club, mediante agresiones físicas y verbales. Tales personas no comparecieron en el proceso, a pesar de ser las víctimas. A su respecto el delito no surge probado, por lo que la teoría del caso no prosperó>> (fs. 281 vto.).*

A juicio de la Corte, tomando como punto de partida esa base fáctica -Britos mediante violencia y amenazas obligó a refugiarse a hinchas de Welcome en la sede social de ese club-, la circunstancia de que esas personas no hayan resultado identificadas ni comparecido en la causa resulta irrelevante a los efectos de determinar la configuración del delito de violencia privada previsto en nuestro Código Penal.

En efecto, en cuanto al sujeto pasivo de este delito lo que se exige es que se trate de una persona determinada o individualizada, lo cual no es lo mismo que exigir un sujeto pasivo identificado y que comparezca al juicio.

El artículo 288 del Código Penal establece: *<<El que usare violencia o amenazas para obligar a alguno a hacer, tolerar o dejar de hacer alguna cosa, será castigado con tres meses de prisión a tres años de penitenciaría>>*.

En relación a la locución *<<alguno>>*, los estudios especializados son contestes en que lo que exige esta figura delictiva es que su sujeto pasivo sea una persona física determinada (Cfme. BAYARDO F., *<<Derecho penal uruguayo>>*, T. VII, Vol. IV, Amalio M. Fernández, Montevideo, 1981, pág. 204). Precisa el autor citado: *<<habida cuenta de que en la esencia del*

delito está la coacción física o moral, es evidentísimo que también ésta encierra el concepto de determinación. Es harto difícil, por no decir imposible, concebir una suerte de coacción por medio de la violencia física o moral, dirigida contra persona indeterminada>> (ob. cit., pág. 209).

En igual sentido, expresa otro reconocido profesor de Derecho Penal uruguayo: *<<La conducta se dirige según la norma legal sobre 'alguno' lo que importa siempre, la existencia de un sujeto determinado, perfectamente individualizado>> (CAIROLI M.: <<El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales>>, T. III, FCU, Montevideo, 3ª Ed., 2004, pág. 213).*

Los clásicos maestros del derecho penal como Maggiore y Carrara han enseñado tales criterios como únicos límites requeridos para la configuración del sujeto pasivo. Así, el profesor de la Universidad de Palermo al estudiar el sujeto pasivo indicó: *<< puede ser cualquier persona, con tal que sea capaz de sentir la violencia (capacidad natural, no jurídica). Por lo tanto, únicamente puede serlo una persona física (...)>> (Cfme. MAGGIORE, G. <<Derecho Penal, Parte Especial>>, Volumen IV, Segunda Edición, Editorial Temis Bogotá, 1972, pág. 469).*

Por su parte, CARRARA

(«Programa de Derecho Criminal», Volumen II, Tomo IV, Editorial: Temis Bogotá, 1977, págs. 338 y ss.), al estudiar la distinción entre violencia privada y pública consigna: *«cuando la restricción de la libertad es ejercida contra un número indeterminado de ciudadanos o contra alguna autoridad pública, la violencia privada degenera en violencia pública, pasando así a la categoría de los delitos sociales. Este es el único criterio con que de modo exacto se distinguen la violencia pública y la violencia privada»*.

La dogmática al estudiar el sujeto pasivo de un delito ha dicho: *«es el titular del interés afectado por el delito, sea dicho interés lesionado mediata o inmediatamente, con tal que sea el tutelado por la norma»* (BETTIOL, G. «Derecho Penal. Parte general», Editorial: Temis Bogotá, 1965, pág. 609). Por su parte, Creus sintetizó: *«tenemos que considerar como sujeto pasivo del delito a la persona (física), que sufre o soporta materialmente la acción que, como dijimos, no siempre es el ofendido por el delito -expresión que se reserva para designar al titular del bien jurídico atacado- y bien puede ocurrir que no se haya desplegado sobre él dicha acción»* (CREUS, C. «Derecho Penal. Parte general», Editorial: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 159).

En definitiva, a juicio de la Corte, no puede equipararse la calidad de determinado o individualizado a la de identificado ni, mucho menos, compareciente en juicio. Una persona puede estar perfectamente determinada o individualizada sin estar identificada, esto es, sin conocerse su nombre y filiación.

Lo relevante en relación al sujeto pasivo de este delito es, como bien lo señala la literatura especializada, que se trata de una persona física cierta y concreta, titular del bien jurídico tutelado -la libertad individual-; incluso se destaca que no se requiere el goce legal de la libertad, basta con el goce natural, por lo que el sujeto pasivo puede ser un demente (cf. Fernando Bayardo Bengoa, ob. cit., págs. 204-205).

En conclusión, subraya la Corte que la Sala tuvo por acreditado que se emplearon los medios típicos de esta figura con el objeto de hacer reingresar al club a los hinchas increpados lo cual se condice con las vehementes imágenes de la filmación que se agregaron a la causa, donde se visualiza a Britos, hombre de gruesa complexión, provocando, asustando y agrediendo de manera francamente deplorable a jóvenes cuyo única <<falta>> fue estar presentes en la puerta de su club.

Habida cuenta de la

recepción del agravio contra el argumento determinante del fallo recurrido, a juicio de la Corporación no es necesario ingresar a considerar el agravio relativo a la errónea valoración de la prueba.

Similares apreciaciones deben de realizarse en lo atinente a la violación del principio <<*iura novit curia*>> que guarda relación con la aplicación de la figura residual del delito de daño (artículos 358 y 359 inciso 2 del C.P.). En tal sentido, el agravio articulado por la Fiscalía carece de actualidad; precisamente, la aplicación del delito de daño -que el Ministerio público exige que el órgano de mérito debió convocar en función de su residualidad- parte de la base de que la conducta no encarta en otro ilícito penal específico. Ahora bien, determinado anteriormente que la conducta del señor Britos se adecua al tipo penal previsto en el artículo 288 del C.P., concluye la Corte que carece de utilidad práctica la crítica formulada por el Ministerio Público en su recurso de casación.

V.- Configurado el delito en cuestión, la Corte se pronunciará sobre la supuesta infracción al régimen de la libertad vigilada en la Ley No. 19.446 introducido por el Señor Fiscal recurrente.

En el caso, AA cuenta con una causa anterior en trámite por el delito de porte y

tenencia no autorizada de arma de fuego, Ficha 95-367/2017 ante la Sede Penal de 18° Turno, sin haber recaído sentencia ejecutoriada.

Como se adelantó, a juicio de los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell y el redactor, le asiste razón a Fiscalía en su planteo. En consecuencia, ante la inaplicación de la Ley No. 19.446 al caso concreto, corresponde que AA cumpla su condena en régimen de prisión, siendo todo ello así por lo subsiguiente.

A efectos de resolver la cuestión, estiman los referidos Ministros que no es necesario realizar un paralelismo con lo preceptuado en el artículo 227.2 del C.P.P., respecto de las exigencias o requisitos para el dictado de prisión preventiva.

No está de más recordar que el artículo 7 de la Ley No. 19.446 establece que no podrá disponerse la libertad vigilada ni la libertad vigilada intensiva en casos de reincidencia, reiteración o habitualidad.

El artículo 16 de la referida ley define a la reiteración como *<<el acto de cometer un nuevo delito en el país o fuera de él, antes de obtener sentencia condenatoria por la comisión de un delito anterior, estando en uso del beneficio de cualquier régimen de libertad>>*.

Por su parte el artículo 54 del Código Penal define a la reiteración real en estos términos: <<Al culpable de varios delitos, no excediendo el número de tres, cometidos en el país o fuera de él, se le aplicará la pena que corresponda por el delito mayor aumentada en razón del número y gravedad de los otros delitos, pero sin que el aumento pueda exceder de la mitad de la misma pena, salvo que tales delitos se hubieren ejecutado en el término de cinco años, a partir del primero, en cuyo caso el aumento puede llegar a las dos terceras partes>>.

Ahora bien, con base en este marco normativo, los referidos Ministros que conforman la mayoría, entienden que AA está excluido del beneficio de la libertad vigilada por tener causa anterior en trámite.

Es un absurdo que la ley tutele alguien que puede haber delinquido hermanamente y por el mero hecho de no tener sentencia anterior pueda ser beneficiario de la libertad vigilada.

Tampoco comparten la apreciación realizada por el profesor Abal, en cuanto entiende que sería necesaria una condena firme previa <<del delito anterior>> para considerar si estamos en presencia de un <<reiterante>>. Es de ver, además, que dicha afirmación es realizada en condicional <<...

deberíamos entonces esperar ver si existe una sentencia condenatoria por ese anterior delito (...)» (Cfme. ABAL. A, <<La prisión preventiva en el nuevo CPP>>; en XIII Jornadas de Derecho Procesal, 2017, págs. 13/14).

Más aún, a juicio de los referidos Sres. Ministros, la figura consagrada en el artículo 16 de la Ley No. 19.446 en nada innovó al definir el concepto de reiteración.

Tal como sintetiza Gilberto Rodríguez al analizar el artículo 16 de la Ley No. 19.446 *<<Este art. 16 define lo que ya era un concepto pacíficamente establecido, pero que no lo decía el art. 54 ejusdem. Y permite diferenciarse de la reincidencia que jurídicamente constituye una agravante pero que en esencia es un régimen de concurso delictual en la medida en que relaciona la existencia de cuando menos dos causas, entre las que media una sentencia de condena; donde el delito que informa la segunda causa, se comete dentro de los cinco años de la condena por el primer delito, pero después de la sentencia firme. En la reiteración que establece el art. 16 exige en una primer lectura, la relación de dos causas entre las que media una sentencia no ejecutoriada, aunque el artículo no refiere a una sentencia firme, sino tan solo a una sentencia condenatoria. De acuerdo a esta definición, se debe cometer un nuevo delito, estando en uso de la*

libertad provisional, condicional, anticipada o incluso libertad vigilada simple o intensiva que se prevén por esta ley. De modo que la segunda causa, puede estar en proceso de conocimiento (bajo libertad provisional) o de ejecución (libertades, condicional, anticipada o vigiladas); pero respecto de la primera, debe anteceder un proceso sin sentencia o con sentencia condenatoria. Se entiende que la referencia a "sentencia condenatoria" se alcanza solo con su dictado en el plano formal; pues si la ley refiere a "antes de obtener sentencia condenatoria" no puede nunca estar establecida por un fallo firme; porque en caso de haberlo, si se comete delito con posterioridad; será un reincidente y no reiterante (...) en mi opinión, el concepto de reiterante que da esta ley, es aplicable al concepto general doctrinario que ya se tenía de este régimen delictual concursal y a los efectos previstos en los artículos precedentes; pero no deroga el sistema de acumulación progresiva penal que dispone el art. 54 del actual CP; en tanto lo complementa>> (RODRÍGUEZ OLIVAR, G., <<El régimen de las libertades y ejecución penal en la ley N° 19.446>>, en: Revista de legislación uruguaya Año 8, no. 2 (marzo-abril 2017), págs. 85-86).

En igual sentido, al analizar la calidad de reiterante, el TAP 1° señaló: <<de la lectura de sus antecedentes penales a la luz de

las normas correspondientes, resulta que AA es un reiterante respecto al cual, oportunamente, deberá tramitarse la correspondiente unificación de penas con todas las causas que conforman el cúmulo (art. 48 N° 1 y 54 del C.P. y 48 y ss. del C.P.P.). El art. 48 N° 1 del C.P., califica al reincidente como aquel sujeto que ejecuta "un delito, antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior,..."; y en términos del Dr. Bayardo: "Por 'condena' debe entenderse entonces toda sentencia que imponga una pena, y que procesalmente tenga firmeza de cosa juzgada, debe tratarse de un acto jurisdiccional que tenga definitividad, que sea firme; si no fuera así, el reo que volviera a delinquir luego de este fallo, sería un reiterante, pero no un reincidente" (Bayardo, F., "Derecho Penal Uruguayo", t., II, p. 301). Se comparte el concepto del penalista que surge de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 54 y 48 N° 1 del C.P. La información de antecedentes de AA indica que al tiempo de este pronunciamiento, tiene abierto un cúmulo cuya "causa madre" es la iniciada el 26/1/01 (fs. 133) integrándose con las cuatro causas posteriores y la presente (fs. 134 a 137 y fs. 151 vta). Sí bien en todas se dictó sentencia definitiva antes de conformarse el cúmulo, no han quedado ejecutoriadas respecto a la pena; dicho cúmulo también

lo integra esta causa corriente -por ahora y sin perjuicio de otras causas que eventualmente puedan iniciarse si el encausado vuelve a delinquir antes de quedar ejecutoriada esta sentencia-, ya que ninguna tiene la firmeza respecto a la pena que requiere la ley para calificar al reincidente y relevar, consecuentemente, la agravante genérica. En consecuencia, atendiendo a sus antecedentes y al estado de todas las causas, AA es un reiterante (art. 54 del C.P.) y no un reincidente (art. 48 N° 1 del C.P.)>> (Cfme. Sentencia No. 293/2009).

En definitiva, concluyen los Sres. Ministros Dres. Martínez, Turell y el redactor que el agravio introducido por la Fiscalía es de recibo, en tanto no es aplicable al caso de autos el beneficio de la libertad vigilada por revestir el imputado la calidad de reiterante.

VI.- No hay mérito para imponer especiales condenaciones en gastos causídicos.

Por los fundamentos expuestos, y en atención a lo establecido en los artículos 368 y concordantes del Nuevo Código del Proceso Penal, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

**AMPÁRASE EL RECURSO DE CASACIÓN
MOVILIZADO POR EL MINISTERIO PÚBLICO Y, EN SU MÉRITO,**

ANÚLASE LA RECURRIDA, CONDENANDO EN SU LUGAR A AA COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DE UN DELITO DE VIOLENCIA PRIVADA ESPECIALMENTE AGRAVADO A LA PENA DE DOCE MESES DE PRISIÓN, CON DESCUENTO DE LA DETENCIÓN CUMPLIDA, SIENDO DE SU CARGO LOS GASTOS DE VESTIDO, ALOJAMIENTO Y ALIMENTACIÓN DURANTE EL TIEMPO DE RECLUSIÓN (ARTÍCULO 105 LITERAL E DEL CÓDIGO PENAL) .

NOTIFÍQUESE AL SEÑOR FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN.

FECHO Y SIN OTRO TRÁMITE, REMÍTANSE LOS AUTOS AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA A LOS EFECTOS DE LIBRAR ORDEN DE DETENCIÓN RESPECTO DE BRITOS PEÑA, A FIN DE PROCEDER AL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA RECAÍDA.

COMÉTESE A LA SRA. JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA COMPETENTE LAS NOTIFICACIONES AL FISCAL ACTUANTE, AL SR. DEFENSOR EN EL DOMICILIO CONSTITUIDO Y AL CONDENADO DE CONFORMIDAD AL ARTÍCULO 116.3 DEL C.P.P.

SIN ESPECIAL CONDENACIÓN PROCESAL.

PUBLÍQUESE Y OPORTUNAMENTE, DEVUÉLVASE.

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DRA. ELENA MARTÍNEZ
MINISTRA DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. EDUARDO TURELL
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DR. TABARÉ SOSA AGUIRRE
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

DISCORDE PARCIALMEN-

TE: por entender que

DRA. BERNADETTE MINVIELLE SÁNCHEZ
PRESIDENTE DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

no corresponde acoger
el recurso de casa-

ción en punto al agravio acerca de la modalidad de cumplimiento de pena.

Más allá del acierto o no de la decisión judicial en segunda instancia, la Fiscalía no articuló un agravio preciso en casación, limitándose a consignar que el TAP 4° no se había pronunciado sobre ello y a formular una encendida crítica sobre una interpretación doctrinaria (la del Profesor Alejandro ABAL).

Sin perjuicio de ello, en ningún momento la crítica esbozada se revela como un concienzudo análisis respecto al régimen de la libertad vigilada como modalidad de cumplimiento de pena y su

abordaje en el caso en concreto.

DR. LUIS TOSI BOERI
MINISTRO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

recibo, sin perjuicio de reconocer la calidad de la argumentación del Sr. Fiscal recurrente en el punto.

DISCORDE: Por cuanto considero que el agravio por infracción del régimen de la libertad vigilada en la ley 19.446 no es de

A) El agravio.

Sostuvo la recurrente que, en el caso, dado que AA fue procesado anteriormente por un delito, sin surgir condena a la fecha de esta causa, cabe considerarlo reiterante, lo que impedía sustituir la pena por el mecanismo de la libertad vigilada, como lo hizo la Jueza de primera instancia.

Afirmó que corresponde diferenciar los estándares que según el C.P.P. (artículo 227.2) regulan la medida cautelar de la prisión preventiva (derecho penal adjetivo) de los que la ley fija para restringir el alcance del instituto de la libertad vigilada (artículo 316 del C.P.P. y ley 19.446), el cual regula una modalidad de cumplimiento de la pena (derecho penal sustantivo).

En el caso de la regulación de la prisión preventiva, la formulación legal difiere de la de la libertad vigilada o vigilada

intensiva. Mientras que en el primer caso se considera que existe riesgo para la sociedad cuando el imputado posea o detente ya la calidad de reiterante o reincidente (a la fecha de la comisión del delito que se juzga en la oportunidad), para el segundo caso no aplica la pena alternativa libertad vigilada en los casos de reincidencia o reiteración.

Por ello la Fiscalía considera que debe aceptarse una interpretación más rigurosa a la hora de evaluar la imposición de la medida cautelar restrictiva de la libertad personal, desde que el individuo imputado es inocente hasta que no recaiga sentencia de condena a su respecto; de ahí que la exigencia legal de que detente la calidad de reiterante una vez que la primera sentencia alcance el estado de cosa juzgada.

Por ello es que el Prof. Alejandro Abal, a los efectos de restringir el alcance de la prisión preventiva, interpreta el concepto de 'reiterante' del artículo 16 de la ley 19.446, lo que no puede significar la derogación del artículo 54 del Código Penal, lo que, por otra parte, nadie ha sostenido hasta ahora al menos. En efecto, según el Prof. Miguel Langón esa norma del Código Penal establece que "[r]eiterar delitos es volver a cometerlos, pero a diferencia de la reincidencia (artículo 48 del [Código

Penal]), no se exige que respecto al anterior delito hubiera recaído sentencia ejecutoriada”.

Por lo tanto, si se le da a la tesis de Abal un alcance que creemos no pretende el autor, y la lleváramos a los ‘casos de reiteración’ que habla la Ley 19.446 (que no es otro que el del artículo 54 [del Código Penal]’, deberíamos concluir que no se verificaría cuando se cometieran (dos o más) delitos simultánea o sucesivamente, lo cual es, por lo pronto, inaceptable.

Y ello por cuanto, no se puede pretender que para la existencia del concurso material de delitos, sucesivo -y mucho menos simultáneo-, deba aguardarse a que uno de ellos tenga condena.

Otro tanto vale para la “calidad de reincidente” y “la situación de reincidencia”, ya que resultaría adecuado establecer, como lo propone el Prof. Abal, que para encarcelar cautelarmente a una persona, debemos tener concretada ya la calidad de reincidente del imputado (a la hora de cometer un tercer delito), y luego que una sentencia ejecutoriada lo califique como tal. Y esto también porque la propia naturaleza y fines de la prisión preventiva nos obligan a ser más estrictos a la hora del encierro sin que exista sentencia de condena. Es a ello a lo que apunta,

según nuestra opinión, el Prof. Abal cuando hace referencia al extremo que sirve de fundamento a la pena impuesta por la sentenciante.

Por ello no es extensible a la reincidencia como concepto, el criterio según el cual en el artículo 48 no se requiere de la existencia de tres delitos, sino que se define como el acto "de cometer un delito antes de transcurridos cinco años de la condena por un delito anterior (...)".

La modalidad de condena impuesta en primera instancia se funda en una interpretación doctrinara de un artículo del Prof. Abal que no aplica en el caso ni a la regulación de la libertad vigilada en la ley 19.446, ya que los conceptos vertidos en ese artículo están destinados a discutir y acotar la preceptividad de la prisión preventiva. Trasladar esos aspectos adjetivos a lo material-sustancial no corresponde y lleva a desvirtuar una decisión de política criminal: proscribir la solución alternativa a la privación de libertad, al encarcelamiento, toda vez que el imputado haya cometido un nuevo delito, ello sea antes o después de ejecutoriada la sentencia por un hecho anterior.

En el caso, AA registra un delito en su planilla de antecedentes sin que a su respecto se haya dictado sentencia ejecutoriada, por lo

que ingresa en la categoría del concurso material de delitos (artículos 54 del Código Penal y 16 de la ley 19.446), lo que impide la imposición de la pena en régimen de libertad vigilada, conforme a lo establecido en el artículo 7 de la ley 19.446.

Considero que el agravio no es de recibo, sin perjuicio de ser de destaque la calidad de la argumentación esgrimida por el Sr. Fiscal recurrente.

B) Respecto de la procedencia del régimen de libertad vigilada (ley 19.446) en el caso.

Coincido con los argumentos de la sentenciante de primera instancia.

El artículo 16 de la ley 19.446 establece: "*(Reiteración).- Se entiende por tal, el acto de cometer un nuevo delito en el país o fuera de él, antes de obtener sentencia condenatoria por la comisión de un delito anterior, estando en uso del beneficio de cualquier régimen de libertad*".

Comparto el criterio hermenéutico de la Jueza de primera instancia conforme al cual, como lo sostuvo el Prof. Abal, en esta disposición, para considerar que se verificó la comisión del delito que torna reiterante a su autor, se requiere la existencia de sentencia ejecutoriada (Alejandro Abal

Oliú: "La prisión preventiva en el nuevo Código del Proceso Penal". En libro de ponencias de las XVIII Jornadas de Derecho Procesal, FCU, 2017, págs. 7-8).

Entiendo, en la línea interpretativa postulada en primera instancia, que en virtud del principio de inocencia no cabe propiciar interpretaciones que lleven a considerar cometidos delitos sin mediar una sentencia penal de condena ejecutoriada que así lo establezca.

Por otra parte, creo que no puede entenderse vulnerado lo dispuesto en el artículo 54 del Código Penal, toda vez que, como lo apunta el Prof. Langón al comentar esa disposición, en su ámbito, por "culpable" de varios delitos "debe entenderse al sujeto sentenciado, pudiendo darse dos situaciones: a) que se dicte esa Sentencia al cabo de un solo juicio penal (...) o, b) que se dicte una Sentencia de unificación de penas (...)", (Miguel Langón Cuñarro: "Código Penal Uruguayo y leyes complementarias. Comentados", Universidad de Montevideo, Montevideo, 2017, pág. 177).

DR. GUSTAVO NICASTRO SEOANE
SECRETARIO LETRADO DE LA SUPREMA
CORTE DE JUSTICIA

